



Het coronavirus, overmacht en wijzigingsmogelijkheden bij overeenkomsten

Mr. M.C. Gozoglu, advocaat bij Dorhout Advocaten N.V. te Groningen

Door het coronavirus en de daardoor getroffen maatregelen kunnen bedrijven in de problemen komen met het nakomen van hun verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst. Het niet nakomen van een verbintenis leidt tot een tekortkoming op grond van art. 6:74 lid 1 BW. Degene die niet nakomt, is verplicht de schade die de ander daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Een tekortkoming kan niet toegerekend worden, indien sprake is van overmacht ex art. 6:75 BW. Van belang is derhalve of in tijden van Corona een beroep op overmacht kans van slagen heeft. Verder is van belang of de situatie rondom het coronavirus het mogelijk maakt bestaande overeenkomsten te wijzigen of te ontbinden op grond van art. 6:258 BW. Indien de overeenkomst gewijzigd of ontbonden kan worden, kan op voorhand vermeden worden dat een overeenkomst niet nagekomen wordt met alle consequenties van dien.

In dit witboek wordt het voorgaande nader toegelicht. Na de inleiding wordt overmacht in het licht van een bepaling in een contract of algemene voorwaarden besproken alsmede op grond van de wet. Vervolgens wordt de mogelijkheid van een beroep op onvoorziene omstandigheden op grond van art. 6:258 BW aan de orde gesteld en wordt geëindigd met een conclusie.

1. Inleiding

Het coronavirus (Covid-19) heeft grote gevolgen voor verschillende sectoren in Nederland en begint het sociaal-economische leven te ontwrichten. Het kabinet heeft een breed pakket aan maatregelen afgekondigd om de verdere verspreiding van het coronavirus te vertragen waardoor grote delen van de Nederlandse bedrijvigheid stilliggen. Zo zijn scholen gesloten, het culturele leven is tot stilstand gekomen, de Nederlandse sport ligt stil en de economie wordt door het coronavirus hard geraakt. Veel ondernemingen komen in ernstige (liquiditeits)problemen. Restaurants zijn gesloten, evenementen worden afgelast, winkels sluiten de deuren en dat leidt tot een economisch sneeuwbaaleffect. Er zijn talloze verbindingen tussen bedrijven waardoor kettingreacties kunnen ontstaan. Ook de productiecapaciteit in het buitenland, zoals landen als China, Zuid-Korea en Italië, ondervindt last van het coronavirus en genomen preventiemaatregelen tegen verdere verspreiding ervan. Dat raakt wereldwijde productieketens, en werkt daarmee ook door in de productie van Nederlandse bedrijven.¹ De overheid heeft een noodpakket banen en economie aangekondigd met het doel banen te behouden en de economische gevolgen te beperken. Desondanks kunnen bedrijven en particulieren als gevolg van het coronavirus in de problemen komen waardoor zij hun verplichtingen niet meer kunnen nakomen. De mate waarin deze crisis voelbaar is, is afhankelijk van de sector waarin de onderneming actief is.² Met name specifieke sectoren, zoals de horeca, reis, toerisme, transport, en de cultuur en evenementensector en detailhandel worden hard geraakt door de terugvallende vraag en noodzakelijke sluiting of afgelastingen.³ Wat precies de impact zal zijn op de Nederlandse economie hangt af van de snelheid waarmee het coronavirus onder controle komt in zowel het binnen- als het buitenland, hetgeen op dit moment niet met zekerheid te voorspellen is.⁴

¹ Kamerbrief noodpakket banen en economie 17 maart 2020, CE-AEP/20077147.

² Aantekening TaxVisions bij Minister van Economische Zaken en Klimaat, V-N 2020/14.4, 12 maart 2020.

³ Kamerbrief noodpakket banen en economie 17 maart 2020.

⁴ Minister van Economische Zaken en Klimaat, V-N 2020/14.4, 12 maart 2020.



2. Overmacht

2.1. *Overmacht anders dan op grond van de wet*

Partijen zijn vrij in de regeling van hun rechtsverhouding. De aansprakelijkheid voor een toerekenbare tekortkoming kan bij contract worden beperkt en worden uitgebreid.

Alle bepalingen uit afdeling 9, Boek 6 BW “de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis” zijn van aanvullend recht. Het staat partijen dus ook vrij om in hun overeenkomst van art. 6:75 BW af te wijken en om op die manier het beroep op overmacht uit te breiden of te beperken.⁵ Een schuldenaar kan zijn aansprakelijkheid op verschillende manieren beperken. Dat kan door middel van een uitbreiding van het beroep op overmacht maar ook bijvoorbeeld door middel van exoneratieclausules. Zo kunnen partijen overeenkomen dat de schuldenaar voor bepaalde feiten of gebeurtenissen zal instaan, of wel deze ‘garandeert’, m.a.w. dat omstandigheden die anders overmacht zouden opleveren, niet als zodanig worden aangemerkt. Als bijvoorbeeld ‘uitvoer wordt gegarandeerd’, kan geen beroep op overmacht gedaan worden omdat de tekortkoming krachtens rechtshandeling voor rekening van de schuldenaar wordt gebracht.⁶ Dat betekent ook dat indien een beroep op overmacht op grond van art. 6:75 BW geen kans van slagen heeft, mogelijk een beroep op overmacht op grond van de overeenkomst wel een mogelijkheid is.

Zoals voor alle aspecten van de verhouding tussen de schuldenaar en de schuldeiser is ook voor deze factoren niet de taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract doorslaggevend, maar komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan de betreffende bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.⁷

2.2. *Algemene voorwaarden, art. 6:231 BW.*

Hierbij kunnen ook de algemene voorwaarden een rol van betekenis spelen. Exoneratiebedingen worden namelijk dikwijls bij algemene voorwaarden gemaakt. Partijen kunnen in hun algemene voorwaarden aansprakelijkheid uitsluiten. Van belang is dat de wederpartij van de algemene voorwaarden kennis heeft kunnen nemen en dat de algemene voorwaarden niet als onredelijk bezwarend aangemerkt kunnen worden, art. 6:233 BW. Voor kennisneming van de algemene voorwaarden geldt op grond van art. 6:234 lid 1 BW dat de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld op straffe van vernietigbaarheid. Voor wat betreft de wijzen van ‘ter hand stellen’, verwijs ik naar art. 6:234 BW.⁸ Let op hetgeen bepaald in art. 6:235 BW. Uit dit artikel volgt dat op de vernietigingsgronden van art. 6:233 en 6:234 BW geen beroep kan worden gedaan door rechtspersonen onder bepaalde voorwaarden.

Zijn de algemene voorwaarden van toepassing en volgt hieruit dat bijvoorbeeld een beroep op overmacht mogelijk is, dan dient te worden beoordeeld of het opgenomen beding niet onredelijk bezwarend is. De zwarte (art. 6:236 BW) en grijze lijst (art. 6:237 BW) zijn hierbij van belang indien het gaat om consumenten. Is de wederpartij consument, dan wordt een beding dat de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding vermoed onredelijk bezwarend te zijn, zodat de bewijslast van het tegendeel op de gebruiker van de voorwaarden rust, art. 6:237 sub f BW. Gaat het om B2B-situaties dan geldt de maatstaf van redelijkheid en billijkheid voor de inhoudelijke beoordeling van de algemene voorwaarden (art. 6:2 BW en 6:248 BW).

⁵ GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 1.1.

⁶ Asser/Sieburgh 6-1 2016/362.

⁷ Dit betreft de Haviltex-formule uit HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex).

⁸ Zie ook: HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977 (Geurtzen-Kampstaal).



2.3. Ongeldigheid beding tot uitsluiting of beperking aansprakelijkheid

Zoals uit het voorgaande blijkt, kan een niet-aansprakelijkheidsbeding niet altijd effect sorteren. Een beding kan nietig zijn wegens strijd met de goede zeden of vernietigbaar wegens misbruik van omstandigheden. Als het beding onderdeel uitmaakt van de algemene voorwaarden, kan het vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij (met als grond: art. 6:233 BW). Het staat daarnaast een schuldenaar niet vrij om op een exoneratiebeding een beroep te doen, indien hij daardoor in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou handelen.⁹

Uit de jurisprudentie volgt dat ook wanneer geen sprake is van kwade trouw, er omstandigheden kunnen zijn, waaronder men zich niet op een uitsluiting van aansprakelijkheid mag beroepen. Deze omstandigheden zijn onder meer: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest. Dit betreft een feitelijke vraag en geen rechtsvraag. In het arrest Saladin/HBU heeft de Hoge Raad voor het eerst bepaald dat de redelijkheid en billijkheid een contractsbeding buiten werking kunnen stellen (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid). De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is opgenomen in art. 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW.¹⁰

2.4. Overmacht in tijden van Corona

Bij een beroep op overmacht, bestaat de tekortkoming vaak uit een verhindering of van onmogelijkheid om de verbintenis na te komen.¹¹ Dit wordt niet bepaald door een zuiver feitelijke beoordeling van wat mogelijk is, maar hangt ervan af of de niet-nakoming volgens de aangehangen overmachtsleer toerekenbaar was. Van belang is dat de belemmering de prestatie zelf moet betreffen.¹² Er is geen sprake van overmacht als het aanvankelijk bestaande evenwicht tussen wederzijdse prestaties wordt verbroken. Het gaat in die situatie namelijk om een andere vraag, namelijk: in hoeverre zijn partijen bij een wederkerige overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid nog verplicht om de overeengekomen prestaties te vervullen, als het evenwicht tussen die prestaties als gevolg van onvoorziene omstandigheden is verstoord.¹³ Om te beoordelen of een beroep gedaan kan worden op overmacht, is het raadzaam om eerst de onderliggende contracten en de eventuele toepasselijke voorwaarden te controleren, zoals uit het voorgaande blijkt. Of het coronavirus kwalificeert als overmacht hangt namelijk af van de formulering van het contract of de algemene voorwaarden. Zijn er geen overmachtsbepalingen of exoneratieclausules van toepassing, dan wordt aan de hand van de wet bepaald of een beroep op overmacht gedaan kan worden. Zijn er wel overmachtsbepalingen en/of clausules van toepassing, dan dient beoordeeld te worden of hier een beroep op gedaan kan worden. Indien een dergelijke bepaling in de algemene voorwaarden is opgenomen, dient bijvoorbeeld gecontroleerd te worden of de algemene voorwaarden wel van toepassing zijn en of het beding niet onredelijk bezwarend is. Daarbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen B2C- en B2B-verhoudingen. Verder is van belang dat een beroep op overmacht contractueel uitgesloten kan worden. Indien de schuldenaar wil voorkomen dat de schuldeiser een beroep op overmacht doet vanwege het coronavirus, dan dient dit expliciet opgenomen te worden in de overeenkomst.

De situatie waarin we ons bevinden is omgeven met onzekerheden. Het is van belang om goed en snel in te kunnen spelen op actuele ontwikkelingen. Het is dus belangrijk voor bedrijven om de contracten

⁹ Asser/Sieburgh 6-I 2016/364.

¹⁰ HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745 (Saladin/HBU).

¹¹ Asser/Sieburgh 6-I 2016/340.

¹² Van overmacht is dus geen sprake als partijen over en weer kunnen nakomen maar één van partijen geen baat meer heeft bij nakoming van de overeenkomst als gevolg van het coronavirus omdat hij een afgenomen product bijvoorbeeld zelf niet meer kan verkopen.

¹³ Asser/Sieburgh 6-I 2016/340.



en algemene voorwaarden in deze tijden te controleren, maar ook bij het aangaan van nieuwe contracten er bedachtzaam op te zijn om eventueel de reikwijdte van overmacht te beperken dan wel uit te breiden.

Als er geen contractuele afspraken zijn gemaakt of een overmachtsclausule ontbreekt, kan mogelijk op grond van art. 6:75 BW een beroep op overmacht gedaan worden. De vraag is in hoeverre een contractspartij zich succesvol kan beroepen op overmacht (waar ook sprake van kan zijn i.v.m. een keten/kettingreactie) als hij zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet (tijdig) kan nakomen vanwege de getroffen maatregelen ter voorkomen van de verspreiding van het virus of vanwege andere redenen als gevolg van het coronavirus. Omdat in de meeste gevallen gekeken dient te worden naar het criterium: 'de in het verkeer geldende opvattingen', wordt dat in de volgende paragraaf besproken.

2.5. De in het verkeer geldende opvattingen

Ten aanzien van de vraag welke tekortkomingen op grond van de verkeersopvatting voor rekening van de schuldenaar komen, wordt als geldend recht aangenomen dat de schuldenaar in ieder geval instaat voor tekortkomingen die worden veroorzaakt door twee groepen van omstandigheden:¹⁴

- Omstandigheden die op het moment van het aangaan van de verbintenis voor de schuldenaar te voorzien waren;
- Omstandigheden die de schuldenaar persoonlijk betreffen (ziekte (m.u.v. persoonlijke dienstverlening), geldelijk vermogen en onervarenheid).

Onderstaand worden een aantal in de coronacrisis relevante categorieën besproken op grond waarvan een beroep op overmacht ex art. 6:75 BW al dan niet kans van slagen heeft. In elke onderstaand omschreven situatie dient steeds gekeken te worden naar alle omstandigheden van het geval.

1. Voorzienbaarheid

Hierbij dient gekeken te worden naar de omstandigheden van de specifieke situatie. Van belang is of de belemmering ten tijde van het aangaan van de verbintenis voorzienbaar was. Een beroep op overmacht slaagt niet indien de oorzaak van de belemmering te voorzien was ten tijde van het aangaan van de verbintenis. De schuldeiser mag verwachten, dat de schuldenaar bij het aangaan van de verbintenis rekening heeft gehouden met omstandigheden die hij toen reeds kon zien aankomen. Indien het risico verbonden aan zo'n omstandigheid zich verwezenlijkt, betreft het een uit het handelen van de schuldenaar voortvloeiende voorzienbare belemmering die hem kan worden toegerekend.¹⁵ Van belang is dus op welk moment de verbintenis is aangegaan en vanaf welk moment de schuldenaar in redelijkheid (de uitbraak van) het coronavirus en de gevolgen daarvan had kunnen zien aankomen.

2. Ziekte

Bij de vraag of Corona als ziekte van de schuldenaar overmacht oplevert, is het van belang of de ziekte bij het aangaan van de overeenkomst te voorzien was, niet te wijten is aan gedragingen van de schuldenaar die hem als schuld is aan te rekenen, dat de ziekte tot gevolg heeft dat hierdoor de nakoming van de verbintenis wordt verhinderd en dat nakoming op geen enkele (andere) wijze mogelijk is. In veel gevallen zal Corona als ziekte in beginsel geen overmacht opleveren omdat nakoming vaak op andere wijze mogelijk is (leveren van goederen bijvoorbeeld). Hierbij zou echter wel rekening gehouden moeten worden met de ernst en de risico's van Corona als (besmettelijke) ziekte, en het gevaar hiervan voor de samenleving (zie nr. 4), waardoor afhankelijk van de omstandigheden van het geval, het wellicht toch overmacht kan opleveren.

¹⁴ GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 8.1.

¹⁵ Asser/Sieburgh 6-I 2016/354.



Dit is anders indien de prestatie uitsluitend door de schuldenaar (persoonlijk) verricht kan worden (het optreden van een bepaalde artiest, het kunstwerk door een bepaalde kunstenaar, uitzonderlijke deskundigheid). Persoonlijke verhinderingen leveren, indien aan het voorgaande is voldaan, in de regel overmacht op. Overigens komt een verhoogde vatbaarheid voor ziekte(n) in beginsel voor rekening van de schuldenaar.¹⁶

3. Geldelijk vermogen

Het geldelijk onvermogen van de schuldenaar rechtvaardigt geen beroep op overmacht, ook al zou de schuldenaar geheel buiten zijn schuld in die toestand zijn geraakt en al zou een en ander ook destijds niet te voorzien zijn geweest.¹⁷ Mocht een onderneming dus liquiditeitsproblemen hebben als gevolg van het coronavirus (het sluiten van de deuren, evenementen die geen doorgang vinden), waardoor niet meer aan de verbintenis kan worden voldaan, dan rechtvaardigt dit geen beroep op overmacht. De schuldeiser mag erop vertrouwen dat de financiële toestand van zijn wederpartij hem in staat zal stellen zijn verplichtingen na te komen.¹⁸

In een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch heeft de rechter geoordeeld dat de omstandigheid dat de (Griekse) overheid eenzijdig haar betalingsverplichtingen jegens de schuldenaar afwaardeert (staatsobligaties die de Griekse staat voor de betaling in geld in betaling gaf), komt naar verkeersopvattingen voor rekening en risico van de schuldenaar. Een beroep op overmacht komt erop neer dat de schuldenaar tot verweer aanvoert dat het tekortschieten in de nakoming van een verbintenis niet aan zijn schuld te wijten is, noch naar in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komt van de schuldenaar. De afwaardering komt nu juist wel voor rekening van de schuldenaar, aldus het hof.¹⁹

Overigens zal, terwijl in beginsel geldelijk onvermogen geen beroep op overmacht rechtvaardigt, alsnog steeds gekeken moeten worden naar de omstandigheden van het geval. In de Kamerbrief van 31 maart 2020 wordt bijvoorbeeld vermeld dat Nederland door de uitbraak van het coronavirus en de daarmee verband houdende overheidsmaatregelen geconfronteerd wordt met buitengewone omstandigheden die een enorme impact hebben op het maatschappelijk leven in het algemeen en de economie en de arbeidsmarkt in het bijzonder. En verder: "Deze situatie, daarbij inbegrepen de daarmee gepaard gaande risico's voor bedrijven en banen, kan niet als normaal ondernemingsrisico beschouwd worden."²⁰ Dit wordt tevens aangemerkt als aanleiding voor de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid, de NOW-regeling (zie p. 13). Wellicht ligt een beroep op onvoorziene omstandigheden ex art. 6:258 BW in deze situatie meer voor de hand.

4. Gevaar

Als de schuldenaar bij nakoming van de verbintenis zichzelf of zijn gezin zou blootstellen aan gevaar voor leven en gezondheid, zal in het algemeen een beroep op overmacht mogelijk zijn mits de vrees van de schuldenaar voor het intreden der dreigende omstandigheid objectief gegrond was. Bovendien dient de dreigende gebeurtenis van zodanige aard te zijn dat zij ook een andere schuldenaar had kunnen treffen.²¹ Als de schuldenaar bij nakoming risico zou lopen het coronavirus onder de leden te krijgen (en nakoming is niet op andere wijze mogelijk), zou hij onder omstandigheden dus een beroep kunnen doen op overmacht.

5. Wet en overheidsmaatregelen

Het wettige overheidsbevel kan gelden als grond voor overmacht. Indien het verbod alle wijzen van nakoming in de weg staat, rechtvaardigt het in de regel een beroep op overmacht. Dat de schuldenaar

¹⁶ Asser/Sieburgh 6-I 2016/356.

¹⁷ Asser/Sieburgh 6-I 2016/355.

¹⁸ GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 8.4.

¹⁹ Hof 's-Hertogenbosch 17 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4581.

²⁰ Kamerbrief Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor werkbehoud van werkgelegenheid, Ministerie van Sociale Zaken, 31 maart 2020, 2020-0000046793.

²¹ Asser/Sieburgh 6-I 2016/357, zie ook: GS Verbintenissenrecht, art. 6:75 BW, aant. 8.7.



met overtreding van het verbod zijn verplichting had kunnen nakomen, staat aan een beroep op overmacht niet in de weg. De schuldenaar kan zich niet ter afwending van zijn verplichting de schade te vergoeden op overmacht beroepen, als de desbetreffende overheidsmaatregel tijdens het aangaan van de overeenkomst reeds te voorzien was (zie nr. 1). Evenmin is dit mogelijk als de overheidsmaatregel, gezien de aard van de verbintenis of krachtens de voor de concrete verbintenis geldende verkeersopvattingen, voor zijn rekening komt.²² De overheidsmaatregel dat evenementen geen doorgang mogen vinden, kan als overheidsbevel aangemerkt worden waardoor de kans groot is dat (afhankelijk van de schakel) in de evenementen- en horecabranche maar bijvoorbeeld ook in de reisbranche in veel gevallen een geslaagd beroep op overmacht gedaan kan worden. Wel dient rekening gehouden te worden met het moment van het aangaan van de overeenkomst in verband met de voorzienbaarheid (zie nr. 1). In dat kader wordt verwezen naar par. 3 waar de getroffen overheidsmaatregelen en het moment waarop ze zijn afgekondigd worden vermeld.

Wel dient hierbij onderscheid gemaakt te worden tussen de status van de maatregelen. Sommige maatregelen houden namelijk een verbod in en andere maatregelen een verzoek of advies. De maatregelen voor wat betreft de horeca en bijvoorbeeld de evenementenbranche zijn evident: horecagelegenheden moeten (vanaf een bepaald moment) gesloten worden en evenementen mogen (eerst vanaf 100 personen, later in het geheel niet) geen doorgang vinden.²³ Minder duidelijk is de situatie als het niet gaat om een verbod maar een advies of verzoek. Daarbij dient opgemerkt te worden dat wat in een eerder stadium als advies of verzoek aangemerkt kon worden, wellicht vanaf een later moment als verbod aangemerkt kan worden. Uit de Noodverordening COVID-19, veiligheidsregio Groningen van 27 maart 2020 volgt bijvoorbeeld dat het verboden is zich in een groep van drie of meer personen op te houden zonder een afstand te houden van ten minste 1,5 meter (art. 2.2 lid 1).²⁴ Gekeken zal moeten worden naar de omstandigheden van het geval, daarbij kan ook van belang zijn of - indien het geen verbod betreft - het niet opvolgen van het (vrijblijvende) advies een gevaar oplevert (zie nr. 4). Worden adviezen opgevolgd terwijl er geen gegronde vrees bestaat dat daarmee de gezondheid van de schuldenaar of die van anderen in gevaar wordt gebracht, dan is maar de vraag of dit als grond voor overmacht kan gelden.

6. Buitenlandse wet en overheidsmaatregelen

Ook een buitenlands bevel kan ten aanzien van een (naar Nederlands recht te beoordelen) verbintenis een beroep op overmacht rechtvaardigen. De schuldenaar die zich verbond goederen uit Duitsland naar Nederland te vervoeren of leveren, zal zich op overmacht kunnen beroepen als, destijds onvoorzien, in Duitsland een uitvoerverbod is uitgevaardigd. Opgelet: het is dus niet mogelijk een beroep te doen op overmacht als de verkoper aan zijn verplichting kon voldoen door de te leveren partij elders te betrekken.²⁵ Als Duitsland of een ander land de grenzen bijvoorbeeld sluit als gevolg van maatregelen in verband met Corona, en daardoor niet meer (af)geleverd kan worden, is de kans groot dat een geslaagd beroep op overmacht gedaan kan worden.

2.6. Gevolgen van overmacht voor de overeenkomst

Als geconcludeerd kan worden dat er sprake is van overmacht wegens de coronacrisis, hoe werkt dat dan in de praktijk? Er dient onderscheid gemaakt te worden tussen eenzijdige en wederkerige overeenkomsten. Is er sprake van een eenzijdige overeenkomst (schenking, bruikleen, bewaarneming om niet etc.) dan ondervindt alleen de schuldeiser nadeel: hij heeft geen recht op nakoming en geen recht op schadevergoeding. Als de schuldenaar hierdoor voordeel geniet, rust er op de schuldenaar een beperkte schadevergoedingsplicht, zie in dat kader art. 6:78 BW.

²² Asser/Sieburgh 6-I 2016/359.

²³ Zie de Noodverordening COVID-19 veiligheidsregio Groningen, vastgesteld op 17 maart 2020.

²⁴ Noodverordening COVID-19 Veiligheidsregio Groningen van 27 maart 2020.

²⁵ Asser/Sieburgh 6-I 2016/360.



Naast het onderscheid tussen de eenzijdige- en wederkerige overeenkomst dient beoordeeld te worden of sprake is van tijdelijke overmacht of blijvende overmacht. In geval van tijdelijke overmacht wordt de verbintenis geschorst. Dat betekent dat voor sommige contracten kan gelden dat sprake is van tijdelijke overmacht als gevolg van de coronacrisis en dat zodra de belemmeringen/beperkingen (maatregelen horeca, inreizen in landen etc.) zijn geëindigd, alsnog de verplichting nagekomen dient te worden (als dat nog kan). In dit geval heeft de schuldeiser geen recht op vergoeding wegens vertraging.²⁶ Zolang bijvoorbeeld een verkoper niet kan leveren door coronamaatregelen, is ook de koper niet tot betaling verplicht. Als de koper wel tot betaling wordt aangesproken, dan kan hij tegen de vordering 'exceptio non adimpleti contractus' opwerpen.²⁷ Als de maatregelen weer worden ingetrokken, is de verkoper weer tot levering verplicht en de koper tot betaling.

Uit de jurisprudentie volgt dat zolang (buitenlandse) wetgeving aan nakoming door partijen van hun verplichtingen uit de (distributie)overeenkomst in de weg staat, nakoming van die verplichtingen niet afdwingbaar is. Als vervolgens de wetgeving het dan weer toelaat, zijn partijen in beginsel gehouden hun verplichtingen uit die overeenkomst weer na te komen.²⁸

Als sprake is van een wederkerige overeenkomst, die blijvend wordt belemmerd, hoeft ook de wederpartij haar verbintenis op grond van de billijkheid niet na te komen. Het nadeel wordt tussen partijen gedeeld doordat de schuldeiser de prestatie niet ontvangt en de schuldenaar de prestatie niet kan vorderen. Bij wederkerige overeenkomsten bestaat tussen de verplichtingen over en weer een zodanige samenhang, dat het in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid, indien de ene partij aan haar verplichting zou moeten voldoen, zonder te ontvangen hetgeen haar in ruil daarvoor was toegezegd.²⁹

Het gevolg van overmacht ex art. 6:75 BW is dat de schuldeiser geen recht heeft op vergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming. Hij kan ook geen nakoming op grond van art. 3:269 BW vorderen wegens de onmogelijkheid daarvan. Ontbinding van de overeenkomst blijft wel een mogelijkheid, art. 6:265 BW. Bij een tijdelijke onmogelijkheid tot nakoming ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding overigens pas wanneer de schuldenaar in verzuim is op grond van art. 6:265 lid 2 BW.

2.7. Stelplicht en bewijslast

De schuldeiser die schadevergoeding vordert, heeft in beginsel de bewijslast van het feit dat de verbintenis tot stand is gekomen, dat de schuldenaar in de nakoming tekort is geschoten en dat hij schade heeft geleden. De schuldeiser hoeft niet te bewijzen dat er geen overmacht was. De bewijslast ten aanzien van overmacht ligt bij de schuldenaar. De schuldenaar moet aantonen dat nakoming onmogelijk is, het niet aan zijn schuld te wijten is en het niet op een andere wijze kan worden verholpen.

De schuldenaar moet dus aantonen dat zich omstandigheden hebben voorgedaan die overmacht opleveren. Soms zal daartoe het bewijs van een bepaalde gebeurtenis op zichzelf reeds voldoende zijn maar soms ook niet. Het coronavirus vormt op zichzelf geen overmacht, vast moet komen te staan dat door de gevolgen van het coronavirus de schuldenaar in de nakoming werd belemmerd, dat het niet aan de schuldenaar te wijten was, dat het niet te voorzien was ten tijde van het aangaan van de verbintenis en ook om andere redenen niet voor risico van de schuldenaar komt.³⁰ Bij verbintenissen aangegaan na 1 maart 2020 kan bijvoorbeeld ter discussie staan of het te voorzien was. Van de regel dat de bewijslast ter zake van de toerekenbaarheid van de tekortkoming op de schuldenaar rust, kan niet bij algemene voorwaarden ten nadele van de consument worden afgeweken (art. 6:236 onder k en d BW).

²⁶ Asser/Sieburgh 6-I 2016/375.

²⁷ Zie art. 6:52 en art. 6:262 BW.

²⁸ HR 16 januari 2004, ECLI:NL:PHR:AM2315 (Badawy/Atlanta).

²⁹ Asser/Sieburgh 6-I 2016/377.

³⁰ Asser/Sieburgh 6-I 2016/370.



3. Onvoorziene omstandigheden, art. 6:258 BW

3.1. Toelichting

Indien geen sprake is van overmacht, kan er mogelijk wel sprake zijn van een onvoorziene omstandigheid (samenloop is ook mogelijk). Op grond van art. 6:258 BW heeft de schuldenaar de bevoegdheid om wijziging of ontbinding van de overeenkomst te verlangen indien de nakoming van de overeenkomst van hem door onvoorziene omstandigheden uiterst bezwaarlijk is geworden.³¹ Wanneer zich na het sluiten van de overeenkomst ingrijpende wijziging van de feitelijke omstandigheden voordoet, rijst de vraag of partijen nog wel geheel gebonden behoren te zijn aan hetgeen zij zijn overeengekomen. Als sprake is van een aanzienlijke bezwaarlijkheid met betrekking tot nakoming, geen overmacht oplevert, kan in deze bepaling een zekere bescherming gevonden worden.

Het begrip 'onvoorzien' ziet in art. 6:258 BW op de vraag waarin partijen met hun overeenkomst hebben voorzien en niet op wat voor partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar was.³² Uit de parlementaire stukken volgt dat het erop aankomt van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan, of zij in de mogelijkheid van het intreden van de onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd.³³ Wat onvoorziene omstandigheden zijn, zal door uitleg van de overeenkomst bepaald moeten worden. Het gaat erom wat partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten.³⁴

In belangrijke, met name internationale contracten, is vaak een 'hardship-clausule' opgenomen, op grond waarvan de partijen zich verbinden met elkaar overleg te plegen omtrent nadelige gevolgen van abnormale omstandigheden.³⁵ Uit de literatuur en jurisprudentie volgt dat de rechter art. 6:258 BW met terughoudendheid dient te hanteren omdat de redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord vereisen. Er worden daarom zware eisen gesteld aan de stelplicht van de eiser en aan de motivering van de rechter die het beroep aanvaardt.³⁶

Dit volgt bijvoorbeeld uit een arrest van de Hoge Raad van 20 februari 1998.³⁷ Hieruit volgt dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden, waarvan slechts sprake is in geval deze bij totstandkoming van de overeenkomst in de toekomst lagen.

3.2. Beroep op onvoorziene omstandigheden

Onvoorziene omstandigheden kunnen van algemene aard zijn, zoals een oorlog of een natuurramp, of slechts op een of meer bepaalde overeenkomsten uitwerking hebben. Het moet gaan om omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen en die niet in het contract zijn verdisconteerd. De uitbraak van het coronavirus kan als onvoorziene omstandigheid (van algemene aard) aangemerkt worden. De kans is namelijk klein dat partijen met het aangaan van het contract rekening hebben gehouden met een pandemie/uitbraak van het coronavirus met alle gevolgen van dien.

Het ondernemersrisico komt in beginsel voor rekening van de schuldenaar, zo blijkt ook uit de jurisprudentie. Uit een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 30 mei 2017 volgt dat de economische crisis en de stagnerende onroerend goed markt in Spanje geen onvoorziene

³¹ Asser/Sieburgh 6-I 2016/343.

³² J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Kluwer: 2010, nr. 288.

³³ PG Boek 6, p. 968, 973.

³⁴ Zie: HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, Haviltex.

³⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/440.

³⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/444.

³⁷ HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587 (Weena-zuid, Briljant Schreuders/ABP).



omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW vormen. Het hof overweegt: “Voor zover de man betoogt dat zijn slechte financiële situatie op zichzelf een onvoorziene omstandigheid is die ontbinding rechtvaardigt c.q. die maakt dat het naar maatstaven van redelijkheid en onaanvaardbaar is dat de vrouw zich op de overeenkomst beroept faalt deze grief nu het hier een omstandigheid betreft die in de risico-sfeer van de man ligt.”³⁸ In onderhavige situatie kan echter geoordeeld worden dat geen sprake is van een ‘normaal ondernemersrisico’, dit volgt tevens uit de Kamerbrief Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor werkbehoud van werkgelegenheid, Ministerie van Sociale Zaken van 31 maart 2020 (zie par. 2.5 onder nr. 3). Als er sprake is van geldelijk onvermogen, de schuldenaar kan niet meer betalen als gevolg van de effecten van Corona op de bedrijfsvoering, en dat mogelijk zelfs tot een faillissement kan leiden, dan zal een beroep op overmacht weinig kans van slagen hebben. De schuldenaar kan echter wel (waarschijnlijk succesvol) een beroep doen op onvoorziene omstandigheden waardoor op grond van de redelijkheid en billijkheid heronderhandeling voor de hand ligt. De benadeelde heeft dan bijvoorbeeld recht op wijziging of ontbinding van het contract.

Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de situatie dat de overeenkomst door beide partijen nagekomen kan worden maar dat een partij als gevolg van het coronavirus geen baat meer heeft bij nakoming (bijvoorbeeld huur/koop van materiaal voor een congres of evenement maar het evenement gaat niet door). De ene partij kan leveren en de andere partij kan nakomen waardoor geen sprake is van overmacht. Bij overmacht dient het immers te gaan om een belemmering *de prestatie zelf* (tijdig) te verrichten. Ook deze omstandigheden kunnen ertoe leiden dat het redelijk en billijk is over te gaan tot wijziging of ontbinding van het contract.

3.3. Dwingend recht

Art. 6:258 BW bevat dwingend recht. Een beding dat een beroep op art. 6:258 BW uitsluit, is op grond van art. 3:40 lid 2 BW nietig. Overigens verzet het dwingende karakter van art. 6:258 BW zich er niet tegen dat partijen wijziging of ontbinding vanwege bepaalde omstandigheden uitsluiten door de mogelijkheid dat die omstandigheden zich zullen voordoen in de overeenkomst te verdisconteren. Als bijvoorbeeld bepaald is dat ‘prijsstijgingen niet worden doorberekend aan de koper’, kan bij een prijsstijging geen beroep gedaan worden op de ‘onvoorziene omstandigheid’ dat zich een prijsstijging heeft voorgedaan.³⁹

4. Conclusie

In hoeverre een beroep op overmacht openstaat, zal eerst beoordeeld moeten worden aan de hand van de overeenkomst en (indien van toepassing) de algemene voorwaarden. Een beroep op overmacht kan namelijk in een beding worden uitgebreid dan wel beperkt. Indien er niets is bepaald in de overeenkomst of algemene voorwaarden, of als er wel een beding in de algemene voorwaarden is opgenomen maar deze niet van toepassing is, dan valt men terug op de wet. Uit de jurisprudentie volgt dat een beroep op overmacht terughoudend en strikt getoetst wordt. Of de omstandigheden die het gevolg zijn van het coronavirus aangemerkt kunnen worden als overmacht in de zin van art. 6:75 BW, zal moeten worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. In veel gevallen zal er geen sprake zijn van schuld en zal getoetst moeten worden of het niet kunnen nakomen volgens de in het verkeer geldende opvattingen al dan niet voor rekening van de schuldenaar komt. De door de overheid aangekondigde maatregelen kunnen hier een rol spelen. Hierbij zal echter wel onderscheid gemaakt dienen te worden tussen maatregelen die een verbod inhouden en de gegeven adviezen. Bij door de overheid afgegeven adviezen zal tevens het risico voor de samenleving bij niet inachtneming hiervan een rol kunnen spelen bij de beoordeling of sprake is van overmacht. Er dient steeds gekeken te worden naar alle omstandigheden van het geval. Als er sprake is van voorzienbaarheid of bijvoorbeeld geldelijk onvermogen als gevolg van het coronavirus kan er in

³⁸ Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2299.

³⁹ J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Kluwer: 2010, nr. 294.



beginsel geen beroep gedaan worden op overmacht. Voor een geslaagd beroep op overmacht dient vast komen te staan dat wegens de uitbraak van het coronavirus en de gevolgen daarvan nakoming werd belemmerd, dat niet-nakoming niet aan de schuldenaar te wijten is, dat het coronavirus (of de gevolgen daarvan) niet te voorzien waren bij het aangaan van de verbintenis en dat het ook om andere redenen niet voor risico van de schuldenaar komt.

Hoewel uit de jurisprudentie volgt dat terughoudend wordt omgegaan met het wijzigen of ontbinden van een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden, valt niet uit te sluiten dat als het coronavirus (en de gevolgen daarvan) ertoe leidt dat het voor een partij zeer bezwaarlijk is om na te komen, er met succes een beroep op artikel 6:258 BW gedaan kan worden. Dat betekent dat er mogelijkheden zijn om tot wijziging van overeenkomsten over te gaan. De gevolgen van het coronavirus, en dan gaat het met name om de genomen maatregelen, waren bij het sluiten van overeenkomsten (afhankelijk van wanneer de overeenkomst tot stand is gekomen) niet voorzienbaar en niet in de overeenkomst verdisconteerd. De bewijslast rust op degene die een beroep doet op onvoorziene omstandigheden en dit moet grondig worden onderbouwd. De rechter zal steeds naar de omstandigheden van een concreet geval kijken. Het ligt in de rede om voordat in rechte een beroep gedaan wordt op grond van dit artikel, eerst over te gaan tot heronderhandelen op grond van de redelijkheid en billijkheid in verband met gewijzigde omstandigheden. Overigens is het raadzaam om eerst te controleren of er een 'hardship-clausule' is overeengekomen.